ÜBER DAS EINEM KAUFVERTRAGE BEIGEFÜGTE PACTUM DE NON PRAESTANDA EVICTIONE.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

LANDES-UNIVERSITÄT ROSTOCK

VORGELEGT

VON

MARTIN BÖHME
AUS BERLIN.

LAND. BIBL.

NAUMBURG A. S.
LIPPERT & CO. (G. PÄTZ'SCHE BUCHDR.)
1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0167

Meiner Mutter.

Inhalt.

Seite

Geschichtliche Entwickelung der Gewährverbindlichkeit.

§ 1. Der Kauf in der Gestalt der mancipatio 1
§ 2. Die stipulatio duplae vel triplae 4
§ 3. Die actio emti 6
§ 4. Das pactum de non praestanda evictione 8

Formulierung der Streitfragen.

§ 5. Ulpians Stellung gegenüber dem pactum de non praestanda evictione 9
§ 6. Alef und seine Nachfolger 11
§ 7. Auslegung der l. 11 § 18 D. 19. 1. 12
§ 8. Sachliche Begründung des gewonnenen Resultates 15
§ 9. Ist das pactum de non praestanda evictione gültig oder nicht? 16
§ 10. Die Wirkung des pactum de non praestanda evictione . . 19

Die neuesten Gegner des Gewährerlasses.

§ 11. Tiktin und seine Widerlegung 21
§ 12. Scharff und seine Widerlegung 25
§ 13. Scharffs Interpretation der l. 11 § 18 D. 19. 1 32
§ 14. Schluss. Der Gewährerlass im B.G.B. 34

Litteraturverzeichnis.

1. Alef, veritas communis opinionis circa pactum de non praestanda evictione contra novissimos Boehmeri errores. Heidelberg 1736.
2. Altamiranus, Joannes, in Meermann, thesaurus II. 1751.
3. Arndt, Lehrbuch der Pandekten.
4. Averanius, Interpretationes iuris lib. IV cap. 12 p. 64 ff.
5. Baron, Pandekten, 9. Auflage 1896.
6. J. H. Böhmer, vindiciae iuridicae pacti de non praestanda evictione contra communes errores. Halle 1735.
7. G. L. Böhmer, repetitae vindiciae pacti de non praestanda evictione. Halle 1737.
8. Bekker, zur Lehre von der Eviktionsleistung, in Bekker und Muther, Jahrbuch des gem. Rechts I. 1857.
9. Brauns Erörterungen. Stuttgart 1831.
10. Brinz, Lehrbuch der Pandekten II. 2. Auflage.
11. Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht. 1876.
12. Bucher, das Recht der Forderungen. 2. Aufl. 1830.
13. Buchholz, Versuche über verschiedene Rechtsmaterien. Lübeck 1808.
14. Nik. Burgundus, tract. de evictionibus.
15. Calletius, Franc., in Meermann, thesaurus II S. 327.
16. Cicero, de officiis, erklärt von Müller. Leipzig 1883.
17. Cuiacius, opera.
18. Degenkolb, ein pactum fiduciae, in Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgeschichte.
19. Dernburg, Pandekten II.
20. Donellus, Band IX, X u. XIII.
21. Duarenus, ad tit. Pandektarum et codicis de act. emti venditi in fin. Operum pag. 1426.
22. Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung.
23. Eck, in der deutschen Litteraturzeitung, Jahrgang 1889 S. 678 f.
24. Endemann, die Lehre von der emtio spei und rei speratae, in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart XII.
25. Essmarch, röm. Rechtsgesch. 3. Aufl. Kassel 1888.
26. Glück, Erläuterungen zu den Pandekten Bd. XX.
27. Göschen, Vorlesungen über das gem. Civilrecht. 2. Aufl. 1843.
28. Grimm, Wörterbuch.
29. Haubtmannsberger, über Gewährleistung nach dem Geiste des röm. Rechts. Wien 1802.
30. Heimann, über Gültigkeit und Wirkung eines einem Kaufvertrage beigefügten pact. de non praestanda evictione nach gem. Recht. Greifswald 1893.

des Käufers hinzutretenden Gewährzusage des Verkäufers ihren Grund habe". Auctoritas ist demnach ein Haftungsversprechen, das der Verkäufer dem Käufer für den Fall der Eviktion bei Abschluss der mancipatio gegeben hat. Eck setzt also für das Entstehen der actio auctoritatis eine nuncupatio des Verkäufers voraus.

Man ist gewohnt, den Akt der mancipatio so aufzufassen, dass lediglich der Käufer handelnd auftritt. Wahrscheinlich ist es aber nicht so gewesen. „Bei der mancipatio werden überall, wie wir die Dinge kennen, Urkunden vorausgesetzt. Bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses werden diese naturgemäss zu Grunde gelegt." [1]) „Man mag sich vorstellen, dass bei der Manzipation selbst der Erwerber auf diese schriftliche lex Bezug nahm." [2]) Pernice nimmt also an, dass der Manzipant vor dem eigentlichen Übereignungsakte die lex formuliert aussprach, und dass dann mit Bezug darauf die mancipatio erfolgte. Jedenfalls beweisen l. 34; 35 D. 8. 2 und l. 8 § 1 D. 19. 1, in denen beiden der Tradent als redend vorausgesetzt wird, dass auch er thätigen Anteil nahm an der mancipatio. „Nach l. 35 D. 8. 2 ist im Kaufvertrage eine Servitut ausbedungen, bei der mancipatio aber davon nichts gesagt." [3]) Der Ausdruck: sed in mancipio (i. e. traditione) non fecisset mentionem zeigt deutlich, dass der Hinweis auf die servitus ausging vom Verpflichteten, dem Manzipanten, dem, „der Eigentum ergreifen lässt". [3]) In l. 8 § 1 D. 19. 1 glaubt Pernice den ganzen Vorgang so erklären zu müssen, dass der Manzipant die Formelworte spricht, und dabei dem überraschten Käufer die Sache über dem Kopfe wegnimmt. [4]) Also schon Labeo lässt den Manzipanten durchaus als handelnd auftreten. Die Nunkupation kann man deshalb gerade als vom Manzipanten gesprochene und in der Urkunde bezeugte Worte auffassen. [5])

---

[1]) Pernice III S. 97.
Proc. fr. 126 de V. S. 50. 16.
Julian l. 13 § 6 D. de A.E.V. 19. 1.
Pomp. fr. 33 de C. E. 18. 1.
fr. 5 de sep. viol. 47. 12.
Varro de l. VI. 7 § 74.
Cicero de off. III 16 § 67; de orat. I 39 § 176.
cf. auch Karlowa II S. 372 ff.
„ Rechtsgeschäft S. 194 ff.
anders: Bechmann, Kauf I S. 110 ff.

[2]) Pernice S. 97.

[3]) Pernice S. 102.
cf. dazu auch Lenel I Nr. 238.

[4]) Pernice S. 102.

[5]) M. Voigt, das ius strictum etc. S. 735.

Auch aus der Analogie mit dem Manzipationstestamente können wir aber den Schluss ziehen, dass bei der mancipatio der mancipio dans redend aufgetreten ist. So sagt M. Voigt RG. I S. 77 Nr. 6: „Da die Römer ein stillschweigendes Verhalten des Testators bei Vollziehung der juristischen Solennität der Testamentserrichtung nicht kannten, ja in der Weise als eine rechtliche Unmöglichkeit ansahen, dass sie niemals das Testament eines Stummen zuliessen [cf. Voigt, ius naturale III A. 272], so ergibt dies allein schon die Irrigkeit der Annahme, dass der mancipio dans sich stillschweigend verhalten habe."

Diese Auffassung ist zwar bestritten, aber wenn man bedenkt, dass betr. der Sicherung der Kontrahenten gegen ungerechtfertigte Vermögensschädigungen das römische Recht durch den Gesichtspunkt geleitet wurde, „dass es Sache des diligens paterfamilias sei, sich durch Vorsicht wie Umsicht gegen solche ungerechtfertigte Schädigung sicher zu stellen, namentlich aber durch sorgliche Dispositionen bei Abschluss von Rechtsgeschäften für eine derartige Schädigung vorzusehen",[1]) so erscheint sie entschieden als berechtigt. Voigt zieht freilich im folgenden einen anderen Schluss. Weil nämlich in Plaut. Pers.[2]) IV 55 ff. die mancipatio überhaupt abgelehnt wird aus dem Grunde, dass keine Eviktionshaftung übernommen werden soll, dies aber nach seiner Meinung keinen Sinn hätte, wenn diese Haftung auf einer lex mancipii beruhte, da dann nur die letztere nicht aber die ganze mancipatio abzulehnen war, so leitet er daraus die Thatsache ab, dass das Zwölftafelrecht dem mancipio dans ipso iure die Haftung für Eviktion auferlege. Und zwar soll diese Verpflichtung mit dem Eigentumsübertragungsgeschäfte direkt verknüpft gewesen sein, also unabhängig von einer lex mancipi.[3])

Aus der Thatsache, dass die mancipatio abgelehnt wird, weil keine Eviktionshaftung übernommen werden soll, braucht man jedoch absolut keinen Schluss zu ziehen auf eine ipso iure in der mancipatio begründete Eviktionshaftung des Verkäufers. Denn natürlich konnte

---

[1]) Vgl. Cicero de off. III 16; dazu
Karlowa, RG. II. S. 371 ff.
Gai II 104, Ulp. fr. XX 2. 9.
Nov. Theod. 16. 1. 1.
Voigt, RG. I S. 439 f.

[2]) Vgl. auch Plautus, Curculus, ed. Geppert Berlin 1845, II 3 v. 492—496:
„Egone ab lenone etc."
Karlowa, RG. II S. 374.

[3]) Vgl. Voigt, XII Tafeln § 87.
„ RG. I S. 434 Nr. 14.

der Käufer unter Umständen, wenn der Verkäufer sich weigerte diese Haftung zu übernehmen, auf das ganze Geschäft verzichten. Er wollte eben ganz sicher gehen, lässt sich deshalb auf ein Geschäft, das ihm irgend ein Risiko brachte, nicht ein.[1])

Voigts auf Plautus gegründete Ansicht kann also die auf die Quellen gestützte Pernices nicht widerlegen. Nimmt man dazu Iherings glänzend bewiesenen Satz,[2]) „dass kein Akt des älteren röm. Rechts zugleich dingliche und obligatorische Wirkung hat", so gewinnt unsere Auffassung noch an Wahrscheinlichkeit, dass die Haftung des Verkäufers bei der mancipatio erst begründet wurde durch eine besondere Gewährzusage von seiten des Verkäufers. — Wenn man an die steife, formelhafte Art des ius strictum denkt, so kann uns das nicht Wunder nehmen. Nur das mit verba solemnia Versprochene ist klagbar. Hat also der Käufer versäumt sich ein Versprechen des Verkäufers geben zu lassen, wonach dieser im Falle der Entwehrung haftete, so trägt er die Folgen in seinem Verluste.

Die actio auctoritatis setzte also voraus die mancipatio und eine besondere nuncupatio, eine Gewährzusage des Verkäufers. Aber auch sie ist kein genügender Schutz des Käufers. Wohl kann er klagen und gewinnt dann sein pretium zurück, oder wenn jener leugnet, bekommt er gar die dupla pecunia, — wie Huschke[3]) wegen l. 60 D. 21. 2 annimmt.[4]) Aber wenn nun der Wert der Sache grösser ist, als die simpla oder gar grösser als die dupla pecunia, dann droht ihm trotz der Gewährzusage ein Verlust im Entwehrungsfalle. Vor allen Dingen aber ist der feierliche, förmliche Kauf mit vielen, unnötigen Schwierigkeiten verbunden, die auf die Dauer als sehr lästig empfunden werden mussten. So kam man bald zu einer zweiten Form sich gegen Verlust durch Entwehrung zu sichern, und zwar möglichst sich zu sichern auf den wirklichen Wert, den die Sache für den Erwerber hatte, zur Stipulation.

§ 2.

Die stipulatio duplae vel triplae.

Die Stipulation ist hier das feierliche Versprechen, in einem bestimmten Falle eine bestimmte Summe, ein Vielfaches des Kaufpreises,

---

[1]) Vgl. Bechmann, Kauf I S. 110 ff.

[2]) Vgl. Ihering, Geist d. r. R. III S. 139 ff., besonders S. 142.

[3]) Cf. Eck a. a. O. S. 13.

[4]) Cf. auch Ihering, Geist etc. S. 142, wo er die dupla pecunia als Strafe für das factum nec manifestum auffasst.

zahlen zu wollen. Ihrer Form nach ist sie eine mündliche, direkte Frage des einen Kontrahenten, stipulator, und eine mündliche Antwort des Gegenkontrahenten, promissor. Da die Stipulation den wahren Wert, den die Sache für den Käufer hat, sein Interesse, also im Falle der Eviktion damnum emergens + lucrum cessans sicherstellen soll, so muss sie auf eine Summe gehen, die höher ist als der einfache Kaufpreis. Man wählte daher die stipulatio duplae vel triplae [1]) normierte damit also ein Pauschalinteresse, meist die dupla pecunia. Jetzt hatte jeder Käufer es in der Hand sich vor Verlust zu schützen. Er brauchte nur solche Stipulation abzuschliessen, — und war gesichert! Ja mehr, er brauchte das Kaufgeschäft, das er vorher nur in der strengen Form der mancipatio vollziehen konnte, jetzt nicht mehr formell zu vollziehen, brauchte nicht mehr, was oft mit grossen Schwierigkeiten verbunden war, sich die Sache vor Gericht bringen zu lassen. Er hatte seine Sicherheit ja in Form der für den Entwehrungsfall der Kaufsache abgeschlossenen stipulatio. Kein Wunder, dass diese immer mehr allen Kaufverträgen hinzugesetzt wurde. Sie schützte eben den Erwerber gegen jeden Verlust, unter Umständen, d. h. wenn ein anderes Vielfaches des Kaufpreises versprochen war, auch über die dupla pecunia hinaus. Der Verkäufer hatte ihm ja vor Zeugen feierlich versprochen, und zwar versprochen unter Vornahme eines zivilrechtlichen Aktes, falls der Verkäufer selbst oder ein Dritter die Sache vindizieren würde, ihm den doppelten oder dreifachen Kaufpreis auszuzahlen. Dass diese stipulatio auch einen formlosen Kauf sicher stellte, trug natürlich nur noch mehr zu ihrer Verbreitung bei.[2])

„Damals war mit einem alle Kennzeichen eines Kaufes in sich tragenden Übereinkommen, ja selbst nach Übergabe der Sache weder eine Veräusserung auf seiten des Tradenten, noch Erwerb auf der des Accipienten eingetreten. Berief sich der Verkäufer auf sein dominium Quiritarium, so wurde der Käufer verurteilt, konnte doch durch blosse tradition an res mancipi kein Eigentum übertragen werden. Es bedurfte bei ihnen vielmehr des schweren, feierlichen Kaufes durch Manzipation".[3])

Er musste also suchen, auf andere Weise „in ein gesichertes Verhältnis zu der Sache zu kommen". Das geschah durch die stipulatio duplae. Hatte er diese abgeschlossen, so lag es im Interesse des

---

[1]) Vgl. Ihering, Geist etc. II S. 116 Nr. 126. „Das Doppelte des Sachwertes erschien den Römern als vollständiges Äquivalent des Interesses in der älteren sowohl wie in der neueren Zeit."

[2]) Vgl. auch Karlowa, II S. 620.

[3]) Kritz I, 3 S. 103 § 1.

Verkäufers, die Kaufsache nicht zu vindizieren. Auch etwaige Ansprüche Dritter brauchte der Käufer nicht zu fürchten; denn wenn solche nahe gelegen hätten, so würde der Tradent schwerlich die dupla oder tripla pecunia für den Entwehrungsfall versprochen haben.[1])

Der Inhalt der Stipulation lautete anfangs ganz allgemein auf habere licere. Bei den Verkäufen ohne Manzipation umfassten diese Worte aber die dem Verkäufer obliegende Leistung überhaupt. „Ihr Gebrauch drückte den Kaufkonsens aus, und ihre Promissio verpflichtete daher ebenso zum tradere, wie zur Gewähr nach geschehener Tradition.“ [2])

l. 11 § 18 D. 19. 1
l. 80 § 2 D. 18. 1.

§ 3.

Die actio emti.

In der vorjustinianischen Zeit tritt uns überall die Doppelgestalt des römischen Rechts entgegen. Auf der einen Seite das formelhafte, steife, alte Zivilrecht, auf der anderen das für jeden Fall leicht passend gemachte, bewegliche ius gentium.

Einer der frühesten Bestandteile dieses letzteren ist wohl die actio emti.

Alle Rechtsgeschäfte des alten Rechtes konnten gültig nur abgeschlossen werden zwischen Römern. Die ausgedehnten Handelsbeziehungen Roms verlangten aber eine Rechtsverbindlichkeit auch für Geschäfte zwischen Römern und Nichtrömern. In der Form der actio emti wurde sie gefunden.

So bestehen denn, z. Zt. als der Kauf Konsensualkontrakt wurde, nebeneinander die actio ex stipulatu und die actio emti, nachdem die actio auctoritatis gefallen ist, verdrängt von der actio ex stipulatu. Auch gegen etwaigen dolus des Verkäufers ist der Käufer geschützt: Er braucht nur die exceptio rei venditae et traditae dem dolosen Handeln des Verkäufers entgegenzusetzen und gewinnt den Prozess.

Die actio auctoritatis sowohl, wie die actio ex stipulatu setzten

---

[1]) Vgl. Voigt, RG. I S. 428 ff.
Karlowa, RG. II S. 620 ff., besonders S. 623: „Sie kam nur bei res nec mancipi vor!“

[2]) Eck S. 15.
Vgl. auch Plautus, Epidicus III 4. 35:
„Istis legibus habeas licet.“
Karlowa, r. RG. II S. 619.

einen altzivilen Rechtsakt voraus: Jene die mancipatio in ihrer ganzen Schwerfälligkeit und naturgemäss beschränkt auf die res mancipi, diese das immer noch mit vielen Umständen verknüpfte feierliche Versprechen. Die actio emti dagegen hatte der Käufer ipso iure bei jedem Kauf. Deshalb war sie leichter anwendbar als die actio ex stipulatu; erforderte sie doch keine verba solemnia, sondern nur den Abschluss eines Kaufgeschäftes. Dazu kam, dass sie stets auf das Interesse ging, also den Käufer ohne weiteres in jeder Beziehung sicher stellte. Im Anfange freilich konnte mit der actio emti nur auf traditio geklagt werden: [1])

l. 25 § 1 D. 18. 1. . . . non necesse habebit fundum emtoris facere . . . .

l. 1 pr. D. 19. 4 . . . . possessionem tradere . . .

l. 3 C. 8. 45 . . . et post possidet . . .

und um eine Gewährleistung zu sichern, bedurfte es einer besonderen Stipulation. Das beweisen ja auch

l. 37 § 2 D. 21. 2

l. 11 §§ 8, 9 D. 19. 1,

aus denen hervorgeht, dass mit der actio emti, der Kaufklage, eine nachherige Stipulation auf die dupla erzwungen werden konnte.

Allmählich wandelte sich dann die actio emti selbst. Man brauchte nicht erst den Umweg zu machen, dass man mit ihr den Abschluss eines nachherigen Gewährversprechens erzwang. Ihr selbst wurde, als sie nicht mehr, wie zuerst auf das habere licere, sondern auf Eigentumsübertragung ging, die Gewährfunktion insinuiert.

Dass trotzdem die actio ex stipulatu sich neben ihr erhielt, ist leicht zu erklären. War doch der Beweis des Interesses für den Käufer oft sehr schwer, vielleicht gar unmöglich. Da war dann natürlich die stipulatio sicherer; denn es war ja bestimmt festgesetzt, wieviel der Verkäufer im Entwehrungsfalle zahlen solle, und das Vielfache des Kaufpreises war eben als Ersatz des Interesses aufzufassen.

Allen drei Klagen, der actio auctoritatis, wie der actio ex stipulatu und der actio emti liegt also ein Haftungsversprechen zu Grunde. Mit der actio emti freilich verbindet sich allmählich der Begriff der Verbindlichkeit des Verkäufers für Entwehrung einzustehen, so vollständig, dass ein besonderes Versprechen, wie es zuerst sicher neben dem Kaufabschluss geleistet wurde, in klassischer Zeit nicht mehr nötig war, um die Gewährfunktion der actio emti zu begründen. Es konnte vielmehr ipso iure ex emto der Verkäufer im Entwehrungsfalle haftbar gemacht werden. Gerade die Thatsache, dass, wie oben

---

[1]) Vgl. dazu aber Karlowa, RG. II S. 619 f.

erwähnt, mit der actio emti die Vollziehung der stipulatio duplae noch nachträglich gefordert werden konnte, ist doch nur ein Beweis dafür, dass ursprünglich der auf blosse Tradition gerichteten actio emti ihre spätere Funktion als Gewährklage fern gelegen hat. Sonst wäre eine Erzwingung der auf Gewährleistung gerichteten stipulatio duplae unnötig gewesen:

l. 37 § 2 D. 21. 2.

§ 4.

Das pactum de non praestanda evictione.

Es gab nun Fälle, in denen dem Verkäufer daran liegen konnte, für Entwehrung nicht einstehen zu müssen. In solchen Fällen schloss er ein besonderes pactum, das seine Haftung aufhob, das sogenannte pactum de non praestanda evictione.

Dieses pactum ist seit langer Zeit Gegenstand der Kontroversen unter den Rechtsgelehrten gewesen.

In den Quellen existiert das pactum nicht unter seinem jetzigen Namen, der ihm erst später in der juristischen Litteratur beigelegt wurde. In

l. 11 § 15 D. 19. 1

ist es bezeichnet mit: ne quid praestaretur;

l. 11 § 18 D. 19. 1

spricht von: nihil evictionis nomine praestitum iri;

l. 6 § 9 D. 19. 1

von: ne(ve) eo nomine quid praestaret;

l. 12 § 1 D. 20. 5

von: ne evictionis nomine obligaretur;

l. 69 pr. D. 21. 2

umschreibt es mit: si in venditione libertatem excipiat.

Der Hauptstreit über das pactum de non praestanda evictione knüpft sich an

l. 11 § 18 D. 19. 1,

die der Vollständigkeit halber hier folgt:

Qui autem habere licere vendidit, videamus, quid debeat praestare; et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat, proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. — Sed Julianus libro XV Digestorum scribit: etiamsi aperte venditor

pronuntiet, per se heredemque suum non fieri, quominus habere liceat, posse defendi ex emto eum non teneri in id, quod emtoris interest, verumtamen ut pretium reddat teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum etiamsi aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestitum iri, pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem,[1]) ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret, nisi forte, inquit, sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor numos accipiat, quamvis merx ad emtorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe; nam etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit; sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum, nisi forte sciens alienum vendit, tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam dicendum est, ex emto eum teneri, quia dolo fecit.

Drei Streitfragen sind im Zusammenhang mit dieser Stelle entstanden:

1. Ist Ulpian betreffs des pactum de non praestanda evictione gleicher Meinung wie Julian?

2. Ist ein solches pactum de non praestanda evictione gültig oder nicht?

3. Begreift dieses pactum auch den Kaufpreis in sich, oder kann trotz desselben der Käufer bei eingetretener Entwehrung den Kaufpreis zurückfordern?

§ 5.

Ulpians Stellung gegenüber dem pactum de non praestanda evictione.

In früherer Zeit nahm man allgemein an, Ulpians Ansicht betreffs des pactum de non praestanda evictione stimme mit der Julians überein. Man erklärte qu. Stelle also folgendermassen:

Im Anfange, mit dem Satze qui autem etc. — tenebitur, stellt Ulpian sein Thema auf. Im folgenden sed Julianus etc. widerlegt er selber seine in non tenebitur enthaltene Scheinbehauptung mit Julians Worten, führt seine eigene scheinbar im Anfang enthaltene Ansicht ad absurdum durch den Vergleich mit einer emtio spei und spricht nur im Schlusse mit den Worten: sed in suprascriptis conventionibus

[1]) Die Quellen überliefern: hac pati conventione, s. unten S. 14, Anm. 1.

contra erit dicendum seine für den Fall des dolus von Julian abweichende Meinung aus. Das contra soll nur seine gegensätzliche Stellung wegen der zum Vergleich herangezogenen emtio spei ausdrücken.

Erst seit der 1735 von J. H. Böhmer [1]) veröffentlichten Schrift: „Vindiciae iuridicae pacti de non praestanda evictione contra communes errores“ brach sich der Gedanke Bahn, dass Ulpian in unserer Stelle vielleicht doch im ganzen auf einem anderen Standpunkt stehen könne als Julian, und ihn lediglich als Gegensatz angeführt habe.

Wie Böhmer die Stelle auffasst, spricht Ulpian mit: qui autem — non tenebitur seine eigene Anschauung aus. Der Verkäufer hafte also nicht in dem Falle, dass er nur für seine Person die Eviktionshaftung übernommen habe, und ein Dritter wirklich evinzierte, und zwar hafte er weder mit der actio ex stipulatu noch mit der actio emti.

Mit dem folgenden: „sed Julianus“ leitet Ulpian die ihm widersprechende Ansicht Julians ein, der eine Haftung wenigstens auf das pretium auch dann bestehen lässt, wenn beim Abschlusse des Kaufvertrages ausdrücklich gesagt wurde: nihil evictionis nomine praestitum iri, bezw. per se heredemque non fieri, quominus habere liceat (sc. rem emtori).

Julians Begründung schliesst sich an: Neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem etc.

Aus dem „nisi forte“ liest Böhmer heraus, dass Julian selber an der absoluten Richtigkeit seiner Behauptung zweifelte. Denn nisi forte, eine nota dubitationis, leitet einen Dubitativsatz an. Also liegt in dem Satze „nisi forte“ ein Zweifelsgrund enthalten. Dass Julian seiner Sache nicht ganz sicher war, geht nach Böhmer aus dem „posse defendi“ hervor. Im letzten Satze sed in suprascriptis etc. schränkt Ulpian seine allgemein ausgesprochene Ansicht ein im Ausnahmefalle des dolus; denn hier kann das pactum den Verkäufer nicht von der Haftung für Eviktion befreien. Er wird für seinen dolus bestraft und muss dem Käufer aus der actio emti sowohl den Kaufpreis als auch das Interesse ersetzen.

Dass die Worte: „nisi forte sciens alienum vendidit“ von Ulpian stammen, beweist Böhmer durch das ihnen folgende: „tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam.“ Die suprascriptae conventiones bezieht er nicht auf den Vergleich mit dem

---

[1]) Schon vorher hatten zwar Duarenus, Tuldenus, Henr. a Suerin etc. s. Glück, XX. S. 303 Nr. 64) sich gegen die allgemeine Ansicht gewandt, aber ohne grossen Erfolg.

Hoffnungskaufe und meint, Ulpian unterscheide nicht zwischen einer emtio spei und einem Kaufe mit Gewährerlass.

Auf die Böhmersche Schrift antwortete Alef in Heidelberg teilweise in gehässiger, nicht rein sachlicher Form, wie überhaupt die Gegner der Ansicht Böhmers, die übrigens jetzt die allgemein als richtig anerkannte ist, sich durch persönliche Angriffe und gekünstelte, erzwungene, gesuchte Beweisgründe z. T. wenig vorteilhaft von den Anhängern der herrschenden Ansicht unterscheiden.

§ 6.

Alef und seine Nachfolger.

Böhmer hatte in seiner cit. Schrift einen Unterschied gemacht zwischen pactum de non praestanda evictione speciale et definitum und pactum de non praestanda evictione generale et indefinitum. Bei ersterem war ausdrücklich gesagt worden: „bei eintretender Eviktion wird auch der Kaufpreis nicht zurückgegeben"; während beim zweiten nur ganz allgemein ausgemacht wurde, „es solle nicht für Eviktion gehaftet werden". Schon Böhmer glaubte, dass betr. der Gültigkeit des pactum de non praestanda evictione speciale auch die Anhänger der Julianischen Ansicht darüber einig seien, dass ein pactum adiectum des Inhaltes: „bei Eviktion solle der Verkäufer auch den Kaufpreis nicht restituieren müssen", vollgültig sei.

Hertius freilich war anderer Ansicht. Er sagte: „probabile non esse, emtorem donare voluisse"; ja, auch wenn der Käufer bewusst eine fremde Sache kaufte, spricht er ihm im Entwehrungsfalle die Restitution des Kaufpreises zu, was gegen die Digesten ist.

Alef dagegen gibt den Unterschied zwischen pactum de non praestanda evictione generale und speciale zu, den nach seiner Meinung auch Julian anerkennt: Denn mit den Worten nisi forte — non pertineat mache sich Julian keinen Einwurf, sondern er wolle nur sagen, dass Kauf mit pactum de non praestanda evictione speciale nichts anderes sei, als eine Art der emtio spei; der Verkäufer brauche also in diesem Falle weder auf das pretium noch auf die utilitas zu haften.

Mit den Worten: sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum weiche Ulpian auch nicht von Julian ab. Er wolle damit nur sagen, bei Käufen einer certa res, bei denen nur Eviktion schlechthin ausgeschlossen wurde, sei es anders, als bei denen, die Julian mit dem Hoffnungskauf verglich. Dies seien pacta specialia, jenes pacta generalia. Bei letzteren müsse also der Kaufpreis zurück-

gegeben werden; ja im Falle des dolus lasse Ulpian sogar eine Haftung auf Kaufpreis und utilitas zu, gehe also noch über Julian hinaus.

Mit dieser Alefschen Deutung der Stelle ist aber der Widerspruch, der doch offenbar in: sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum liegt, nicht geklärt.

Die Ansicht Alefs wurde von Müller in seinen reiteratae vindiciae communis opinionis circa pactum de non praestanda evictione aufgenommen und verteidigt, nachdem inzwischen Alefs Angriffe gegen Böhmer von dessen Sohn G. L. Böhmer zurückgewiesen waren. Als novum brachte G. L. Böhmer vor allem das, dass er die Basiliken zum Beweise für die Richtigkeit seiner und seines Vaters Anschauung heranzog. Sehr ausführlich ist dieser litterarische Streit behandelt bei Glück Band XX S. 297 ff. und Kühnert S. 29, Vangerow III, S. 322 ff.

Die Vertreter der Julianischen Auffassung sind dann später im wesentlichen einig gewesen. In Einzelheiten freilich differieren sie oft sehr stark. So liest Buchholz [1]) aus der Stelle heraus, dass Ulpian nur bei negotia stricti iuris Julians Ansicht verwerfe.

Puchta [2]) meint die Worte Ulpians: secundum supra relatam Iuliani sententiam auf l. 11 § 15 beziehen zu müssen.

Tiktin wiederum meint: „verbum „contra“ Ulpiani ad Iuliani verba „pretium quidem deberi“ referenda esse Vangerowius censet, quod vix fieri posse crediderim, cum inter ea et Ulpiani verba dimidia fere loci pars inveniatur.“

Baron [3]) und auch Kühnert [4]) legen den Satz: „neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem — retineret“ dem Ulpian in den Mund. Derselben Ansicht ist auch Scharff,[5]) der sich am Wechsel der Konstruktion in qu. Satze stösst.

M. E. ist die richtige Auffassung der Stelle folgende:

§ 7.

Auslegung der Stelle.

Nachdem Ulpian im Beginn der Stelle seine Frage formuliert hat: „quid debeat praestare, qui habere licere vendidit,“ fügt er gleich die nähere Begrenzung hinzu mit den Worten: „et multum interesse

[1]) Buchholz S. 32 ff.
[2]) Puchta S. 224.
[3]) Baron S. 530 Anm. 37.
[4]) Kühnert a. a. O.
[5]) Scharff S. 49.

arbitror, utrum hoc polliceatur, per se venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat, an vero per omnes.“ Also nicht auf die Haftung aus dem Kauf an sich soll seine Erörterung gehen, sondern auf eine Haftung, die beschränkt ist, weil der Verkäufer sich nur für einen bestimmten Fall durch ein Versprechen band, also alle anderen Fälle ausschloss. Denn wenn er nur, soweit er und seine Rechtsnachfolger in Betracht kommen, das habere licere zu gewährleisten verspricht, so lehnt er damit jedes Einstehen für Eviktion von anderer Seite ab.

l. 11 § 15 D. eod. zeigt übrigens einen analogen, allerdings zeitlich begrenzten Fall der Haftung für Eviktion.

Ulpian beantwortet seine Frage mit: nam si per se etc. und schliesst mit dem apodiktischen Urteil: sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex emto non tenebitur. Nachdem er so seine Entscheidung gefällt, führt er lediglich als Gegensatz Julians abweichende Meinung an. Daher das „sed“ (Julianus), das hier, wie im allgemeinen adversativen Charakter hat, nicht, wie die Gegner behaupten wollen, nur eine stärkere Kopula ist, die eine Hervorhebung der Worte Julians bezweckt. Es liegt ja nicht der mindeste Grund für uns vor, von der regelmässigen Bedeutung der Konjunktion sed = aber abzugehen. Im Gegenteil, die beiden durch das „sed“ verbundenen Sätze könnten wohl kaum in schrofferem Gegensatze stehen. Julian widerspricht doch direkt der anfangs ausgesprochenen Ansicht Ulpians. Er erkennt das pactum nur ganz beschränkt an; Ulpian dagegen spricht dem Käufer jede Klage aus dem Kauf ab, wenn er dieses pactum geschlossen hat, verleiht also dem pactum eine uneingeschränkte Wirkungskraft. Julian sagt: „Zwar hat das pactum eine gewisse Gültigkeit, aber wenn auch der Verkäufer bei Abschluss des Kaufgeschäftes offen ausgesprochen hat, dass er nur für Eviktion von seiner und seiner Rechtsnachfolger Seite eine Haftung übernehme, so kann dennoch der Käufer, evictione ab extraneo facta, ex emto ihn in Anspruch nehmen, zwar nicht auf das Interesse, wohl aber auf Restitution des Kaufpreises.“ Und er fährt fort: Auch wenn aus dem Kaufabschluss klar hervorgehe — aperte in venditione comprehendatur — „nihil evictionis nomine praestitum iri“, d. h. also, dass aus dem Grunde der Eviktion „Nichts“ geleistet werden solle, so gehe doch die Klage nach Entwehrung der Kaufsache auf das pretium.

Ulpian gibt also dem Käufer keine Klage, Julian dagegen gibt sie ihm. Der Grund folgt sofort: Es entspräche nicht dem Grundsatze der bona fides, dass der Käufer die Ware verliere, und dennoch der Verkäufer den Kaufschilling behalten dürfe.

Dieser Satz: neque enim bonae fidei contractus etc. ist vor allem Baron und Scharff auffällig gewesen. Mitten in der indirekten Rede ein Stück direkter Rede. Deshalb meint Baron, und Kühnert wie Scharff folgen ihm darin, dass Ulpian hier spreche. M. E. ist diese direkte Rede sehr leicht zu erklären. Ganz abgesehen davon, dass der Konstruktionswechsel vielleicht das Gesagte lebhafter gestalten soll — wie auch im Deutschen an sich es verständlich ist, wenn in einem langen Satze mit indirekter Rede zur Belebung des Ganzen der, dessen Rede bisher angeführt wurde, plötzlich selber sprechend auftritt, liegen auch andere Deutungen nicht weit.[1]) Einmal kann Ulpian, der doch wohl Julians Digestenwerk vor sich liegen gehabt haben muss, leicht aus dem Original die direkte Rede übernommen haben, und das inquit zwischen nisi forte — sic quis bezieht sich auf den ganzen angeführten Satz, oder aber, wenn wir durchaus interpretieren wollen, so brauchen wir nur ein vom Schreiber vergessenes inquit zwischen neque enim und bonae fidei zu setzen, und die direkte Rede ist sofort erklärlich. Aber selbst für den Fall, dass man den Satz neque enim bonae fidei contractus etc. dem Ulpian zuschreiben will, beweist doch der ganze Zusammenhang, dass mindestens ein ähnlicher Satz an der betr. Stelle in Julians Digesten stand. Sonst fehlt der logische Zusammenhang für nisi forte inquit etc.

Dieser Satz: „nisi forte, inquit, sic quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet — vel pantheram ab aucupe“ soll nun, nach Ansicht der Gegner, die Meinung ad absurdum führen, dass das pactum de non praestanda evictione auch die Rückforderung des Kaufpreises ausschliesse. Dem widerspricht aber wohl das „recipiet“ und „recipitur“. Denn wollte Julian wirklich keine Möglichkeit unserer Auffassung zulassen, dann hätte er gesagt: „reciperet“ und „reciperetur“. So aber setzt er mit dem Futurum eine starke Potentialform, d. h. das „nisi forte“ ist dubitativ aufzufassen. Er gibt zu, dass man möglicherweise den Kauf mit pactum de non praestanda evictione vergleichen kann mit einer emtio spei. Zieht man dazu noch Julians so überaus vorsichtige Ausdrucksweise „posse defendi“

[1]) Aus der überlieferten, lateinisch völlig unmöglichen Konstruktion „hac patitur conventione“ geht hervor, dass die Stelle verderbt ist, d. h. dass Schreibfehler vorliegen. Vergegenwärtigt man sich die Schreibweise der Vulgathandschriften „hãc conventionẽ“ = hanc conventionem, so lässt sich vielleicht der Schluss rechtfertigen, dass irrtümlich die Abbreviatur statt über hãc conventionẽ über patĩ gesetzt ist, wo ja ein dem ~ sehr ähnliches Zeichen als Endung tur geschrieben werden kann. Vgl. Wattenbach, Anleitung zur lateinischen Paläographie S. 20—23, besonders S. 23: „oft fällt ein t davor aus: ã = atur!“ Wendet man diesen Gedanken hier an, so erhält man die passende Form: hanc pati conventionem.

in Betracht, so wird man sich der Überzeugung nicht verschliessen können, dass Julian wirklich nicht so ganz von der relativen, nur auf das Interesse sich erstreckenden Wirksamkeit des pactum de non praestanda evictione überzeugt war.

Bei den Worten: sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum kommen wir wieder auf einen sehr streitigen Punkt. Und doch liegt hier die Lösung so nahe. Von gegnerischer Seite wird dieser Satz bezogen auf den Vergleich mit den Hoffnungskäufen, als habe Ulpian also nur diesem widersprechen wollen und sei für den Fall des dolus noch über Julian hinausgegangen, indem er da Haftung auch auf die utilitas eintreten liess.

Dem ist aber nicht so, vielmehr geht das „contra" auf Julians Entscheidung, der Ulpian nur für den Fall des dolus zustimmt. Beweis dafür ist die zweimalige Anwendung derselben Worte. Die suprascriptae conventiones, die Ulpian meint, sind natürlich dieselben, die auch Julian mit istae suprascriptae conventiones schon vorher bezeichnet hat. Der Römer wird in einem zusammenhängenden Satzgefüge zwei so leicht zu ändernde Ausdrücke für zwei verschiedene Dinge nur ganz ausnahmsweise gebrauchen. Ulpian nennt also absichtlich, um von vornherein jeden Zweifel über die Beziehung auszuschliessen, die pacta ebenso wie Julian.

Auch aus dem nisi forte „sciens" lässt sich ein Schluss ziehen; denn dieser sciens ist natürlich derselbe, den Ulpian vorher bezeichnet hat mit: qui habere licere vendidit.

Ergibt sich so aus rein sprachlicher Betrachtung der Stelle, dass Ulpian anderer Meinung war als Julian, so wird dieses Resultat noch unterstützt durch sachliche Gründe.

§ 8.

Sachliche Begründung des gewonnenen Resultates.

Wenn Ulpian trotz des pactum de non praestanda evictione dem Käufer eine Klage geben wollte, so würde er damit sich selber widersprechen. Denn im Anfange unserer Stelle sagt er ja ausdrücklich, dass der Verkäufer weder hafte ex empto noch ex stipulatu. Womit sollte aber wohl der Käufer auf Preisrestitution klagen, wenn ihm die beiden Klagen, die er ev. aus dem Kauf hatte, versagt wurden? Über die Möglichkeit mit der condictio causa data causa non secuta zu klagen, wird unten noch zu sprechen sein.

Aber noch in einem anderen Punkte würde Ulpian sich widersprechen, wenn er Julians Ansicht über das pactum de non prae-

standa evictione teilte. Sagt er doch in l. 11 § 1 D. eod. ausdrücklich: „nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est.“ Ist also unter den Kontrahenten bei dem Abschlusse des Kaufvertrages ausgemacht, dass auf Grund der Eviktion „Nichts“ prästiert werden soll, wie kann es der bona fides zuwiderlaufen, wenn nun wirklich der Käufer „Nichts“ erhält. Im Gegenteil, es wäre gegen die bona fides, wenn der Verkäufer evictionis nomine den Kaufpreis, also unter Umständen ganz bedeutend mehr wie „Nichts“ prästieren müsste. Und doch heisst es in unserer l. 11 § 18 D. 19. 1 neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem etc. Wenn Ulpian also die Ansicht Julians teilt, so gerät er in den schärfsten Gegensatz zu sich selbst.

Diese beiden Gründe dürften genügen, um zu beweisen, dass auch aus anderen als rein sprachlichen Gründen eine Übereinstimmung Ulpians mit Julian nicht angenommen werden darf, und wir können auf den dritten Punkt verzichten. Dieser stützt sich nämlich auf das „non teneri“ in l. 11 § 15 eod. und von gegnerischer Seite, zuletzt von Scharff, wird behauptet, dass dies teneri nichts beweise, da es von Julian stamme und l. 11 § 18 ja gerade zeige, dass er von non teneri spreche, ohne die Restitution des Kaufpreises auszuschliessen. Allerdings liegt dennoch die Wahrscheinlichkeit nahe, dass hier das ex emto teneri anders gemeint, als dort das teneri. Aber wir brauchen auf diesen Beweisgrund keinen besonderen Wert zu legen, weil noch andere gewichtigere Gründe unsere Ansicht stützen.

Wir haben also gesehen, dass Ulpian eine absolute Wirkung des pactum de non praestanda evictione annahm, während Julian dieselbe, als gegen die bona fides verstossend, versagte und nur relative Wirksamkeit zuliess.

§ 9.

Ist das pactum de non praestanda evictione gültig oder nicht?

Auch über die Gültigkeit des pactum de non praestanda evictione ist viel gestritten worden. Einige haben ihm jede Gültigkeit abgesprochen, andere es in jedem Falle für gültig erklärt, wieder andere ihm in der Form des pactum de non praestanda evictione speciale Gültigkeit verliehen.

Zwei Gründe werden gegen den Gewährerlass angeführt:

1. Die Haftung für Eviktion der Kaufsache sei Essentiale des Kaufkontraktes, und deshalb ändernder Parteiabrede entzogen.

2. Der Erlass dieser Haftung verstosse gegen die bona fides.

Ein dritter Grund, den Scharff geltend macht, dass nämlich ein Erlassvertrag im Kaufe nicht möglich sei, ohne das Wesen des Kaufes zu ändern, wird unten besonders zu behandeln sein.

Wenn die Verpflichtung des Käufers für Entwehrung einzustehen Essentiale des Kaufkontraktes ist, dann ist sie natürlich jedem abändernden Parteiwillen entzogen. Es ist also das ganze Rechtsgeschäft als solches ungültig, wenn damit ein pactum de non praestanda evictione verbunden ist.

Wir haben oben nachzuweisen versucht, dass die Verpflichtung des Verkäufers für Eviktion einzustehen ursprünglich nicht mit dem Kaufgeschäft verbunden war. Seine Verbindlichkeit war erfüllt mit der traditio. Um eine Gewährhaftung zu erzeugen, bedurfte es zuerst einer nuncupatio,[1]) dann einer stipulatio und schliesslich wurde die Gewährfunktion der actio ex stipulatu eingeschlossen in die actio emti. Gerade daraus aber, dass mit der letzteren auf Vollziehung der stipulatio geklagt werden konnte, glaubten wir schliessen zu dürfen, dass der actio emti selbst die Gewährfunktion nicht ohne weiteres und nicht immer inne gewohnt hat. D. h. also mit anderen Worten: Aus dem Kaufvertrag rekrutierte nicht von selbst die Haftung des Verkäufers im Falle der Eviktion, sie bedurfte vielmehr einer besonderen Begründung. Dass später, als der Kauf Konsensualvertrag geworden war — conventio perficit emtionem — die actio emti die Gewährfunktion der actio ex stipulatu übernahm, war die natürliche Folge der Weiterentwicklung des römischen Zivilrechtes durch das ius gentium. Für uns beweist bereits die geschichtliche Bildung der Klage auf Gewährleistung, dass die Haftung auf Eviktion nicht Essentiale des Kaufes war. Sonst hätte es nie einer besonderen Stipulierung derselben bedurft, während doch thatsächlich, auch als die actio emti schon bestand, diese stipulatio meistens vorgenommen wurde.

Wäre die Haftungsverbindlichkeit des Verkäufers Essentiale des Kaufkontraktes, so wäre ein Kauf ohne dieselbe aber auch nicht denkbar. Und doch existiert in Wirklichkeit nicht nur ein solcher. Nach

l. 11 § 15 D. 19. 1

erlischt, wenn das so ausgemacht ist, die Haftungsverbindlichkeit des Verkäufers nach dreissig Tagen. Und dennoch besteht nachher, trotz des Wegfalls der Haftung, das Geschäft als Kauf.

---

[1]) Auch wenn übrigens die Haftung bei der mancipatio nicht auf der nuncupatio beruht hätte, so wäre damit noch nicht gesagt, dass dieselbe ein Essentiale der mancipatio sei! Vielmehr kann sie auch dann noch ebensogut naturale sein.

Bei der emtio spei liegt der Ausschluss der Haftung in der Natur des Geschäftes selbst, und doch nennen die Digesten es „emtio“

l. 8 § 1 D. 18. 1.

Auch wenn der Käufer arglistig handelt, d. h. wenn er sciens alienum sich verkaufen lässt, haftet der Verkäufer nicht und dennoch liegt ein Kaufgeschäft vor:

l. 27 C. 8. 44.

Aus diesen Beispielen geht hervor, dass auch ein Rechtsgeschäft, bei dem jede Eviktionshaftung ausgeschlossen ist, dennoch als Kauf zu Recht bestehen kann. Also kann diese Haftung nicht Essentiale des Kaufes sein.

Dazu kommt, dass der Kauf z. Zt. als er Konsensualkontrakt geworden war, nudo consensu geschlossen wurde:

l. 2 § 1 D. 18. 1

„conventio perficit emtionem“, d. h. im Momente, da diese conventio stattfand, liegt das Kaufgeschäft als solches perfekt vor, kann also nicht mehr später non existens werden. Und im Augenblick dieses Konsenses ging die Gefahr auf den Käufer über:

l. 11 C. 4, 49.

Aber auch gegen die bona fides verstösst das pactum de non praestanda evictione nicht. Das geht hervor aus der bereits oben erwähnten l. 11 § 1 D. 19. 1. Der Wille der Parteien ist für jedes Rechtsgeschäft massgebend. Und beweist nicht die emtio spei, bei der doch naturgemäss eine Haftung des Verkäufers nicht bestehen kann, die Richtigkeit unserer Ansicht dadurch, dass sie anerkannt ist als rechtlich gültiger, rechtsverbindlicher Kauf? Wir, aber auch z. B. Alef nehmen an — wie letzterer dasselbe auch von Julian vermutet, — dass ein Kauf mit pactum de non praestanda evictione speciale, bei dem also der Käufer ausdrücklich auf die Preisrestitution im Entwehrungsfalle verzichtet, einer emtio spei gleich zu setzen sei. Kann doch Gegenstand einer solchen nicht nur eine incerta res sondern auch ein incertum ius sein.[1]) Und um dieses handelt es sich ja doch meistens, wenn ein pactum de non praestanda evictione geschlossen wird.

Damit haben wir dann aber auch zugegeben, dass der Gewährerlass, der bei der emtio spei ja stillschweigend vorausgesetzt wird, nicht verstossen kann gegen die bona fides. Sonst wäre ein Kauf mit Gewährerlass nicht möglich.

Und wenn Julian einen Verstoss gegen die bona fides darin sah, dass der Käufer die Sache verlor und dennoch der Verkäufer den Preis behalten sollte, so können wir demgegenüber feststellen, dass

[1]) Cf. l. 32 D. ad Edict. l. 11 D. eod.

z. B. wenn vor der traditio die res casu unterging, der Käufer dennoch weder den bezahlten Preis zurückfordern, noch den nicht bezahlten behalten durfte.

Am meisten aber muss uns in unserer Ansicht, dass das pactum de non praestanda evictione weder gegen die bona fides noch gegen das Wesen des Kaufes gehe, die Thatsache bestärken, dass fast alle Gegner das sogen. pactum de non praestanda evictione speciale als gültig anerkennen. Wenn der nominatim geschlossene Gewährerlass nicht die bona fides und das Wesen des Kontraktes verletzt, warum sollte das pactum generale das thun?

§ 10.

Die Wirkung des pactum de non praestanda evictione.

Vor Böhmers oben cit. Schrift hatte man die Wirkung des pactum de non praestanda evictione, Julian folgend, auf Erlass der Interesseforderung beschränkt.

Nur wenige, wie Duarenus,[1]) Tuldenus[2]) und besonders Henr. a Suerin[3]) hatten erkannt, dass die richtige Auffassung der

l. 11 § 18 D. 19. 1

von der allgemeinen abwiche.

Allgemein aber meinte man, das pactum de non praestanda evictione sc. generale könne einer Rückforderung des Kaufpreises nicht im Wege stehen. Vielmehr müsse der Verkäufer natürlich, falls die Kaufsache entwehrt sei, das pretium restituieren, da im Zweifel das pactum sich nicht auf den Preis beziehe. Das könne nur ein pactum speciale bewirken, aber nicht ein pactum, in dem nur schlechthin gesagt sei: Eviktion werde nicht gewährleistet.

Nach Puchta[4]) hat das pactum de non praestanda evictione nur dann die Wirkung des Erlasses der Preisrestitution, wenn die Sache, „als der Eviktion unterworfen", also unsicher verkauft wurde.

Ähnlich hatte Joannes Altamiranus[5]) entschieden. Nach seiner Meinung haftet der Verkäufer dann nicht auf Preisrestitution, wenn er beim Abschlusse des Kaufgeschäftes dem Käufer gesagt hat: „rem venditam esse in causa, ut adveniente casu sua non esset, veluti quia erat sub conditione legata." Wenn also der Verkäufer dem Käufer

[1]) Duarenus, ad tit. Pandect. et cod. d. a. e. v. Op. p. 1426.
[2]) Tuldenus, Comment. in libr. VIII cod. tit. 45 Nr. 8.
[3]) Henr. a Suerin, in Otto Thes., Tom. IV p. 88ff.
[4]) Puchta S. 224.
[5]) Altamiranus, in Meermann Thes. II S. 404 Nr. 4.

gegenüber die „conditionem rei expressit“, so kann er bei Eintritt dieser conditio, und damit verbunden des Eigentumsverlustes, wenn wirklich die Sache entwehrt ist, dennoch das pretium behalten.

Donellus[1]) nimmt nur eine Wirkung des pactum auf „id quod interest emtoris“ an. Denn wenn auch das Kaufgeld nicht zurückgegeben werden sollte, so gehe der Vertrag gegen die bona fides.

Und doch sagt er wenig später: „non est contra leges id pactum, quod est de re familiari et privata: in qua licet unicuique pacto deteriorem suam condicionem facere“, und leitet hieraus die Gültigkeit des nominatim geschlossenen pactum ab. Also beim tacite geschlossenen pactum ist es gegen die bona fides, dass der Verkäufer nach Entwehrung der Kaufsache den Kaufpreis behält, aber beim nominatim ausgemachten ist das etwas ganz anderes. Bei einem Vertrage, in dem nur gesagt ist: ne quid venditor evictionis nomine praestet, bezieht sich das nur auf id, quod interest, nicht auf den Preis: quia haec conventio nec verbis satis convenit, neque ullo modo congruit bonae fidei iudicii naturae, et praesertim naturae emtionis!

Ist das nicht eine logische Inkonsequenz, wie sie grösser nicht gedacht werden kann? Man gibt den Erlass der Preisrestitution zu bei einem pactum expressis verbis und bestreitet seine Wirkung auf denselben Preis beim tacite im Vertrage liegenden. Und zwar soll dies letztere, dass also evictione facta der Gewährerlass auch den Kaufpreis mit umfasse, hier gegen die bona fides verstossen. Ja, wenn es möglich ist, nominatim die Preisrückforderung auszuschliessen, ohne den Grundsatz der bona fides zu verletzen, warum soll derselbe Erlass nicht auch tacite, d. h. aus dem Rechtsgeschäft und der ganzen Art seines Abschlusses hervorgehend, möglich sein, ohne Verstoss gegen die bona fides. — Was war denn überhaupt der Zweck des Zusatzes: ex fide bona? Es sollte der Interpretation des Parteiwillens — voluntatis ratio — der weiteste Spielraum gewährt werden. Dieses Recht steht also im Gegensatz zum ius strictum. Aber auch bei den bonae fidei negotia „hatte sich in den Gewohnheiten des nationalen sowohl als des internationalen Geschäftsverkehres in den wesentlichen Punkten längst festgestellt, was die bona fides in den täglich vorkommenden Geschäften verlange, welches Verhalten der Parteien ein diesem Regulativ entsprechendes sei“. Die bona fides ist Auslegungsmassstab für den unausgesprochenen Parteiwillen geworden. Wenn also ein pactum de non praestanda evictione speciale mit der Wirkung möglich und gültig war, dass der Kaufpreis nicht restituiert werden sollte, dann konnte auch ein pactum de

[1]) Donellus IX p. 1343 Nr. 6.

non praestanda evictione generale — „nihil praestari“ — den Parteiwillen ausdrücken, dass im Eviktionsfalle „Nichts“, also auch der Kaufpreis nicht restituiert werden solle.[1])

Wir haben oben gezeigt, dass man wohl die emtio spei dem Kauf mit Gewährerlass, und zwar mit pactum de non praestanda evictione speciale gleichstellen kann. Wenn also Donellus sagt: beim Verkauf einer alea nihil fit contra bonam fidem, si, ubi nihil ceperis, pretium tamen habeat venditor“, so fällt der Grund der bona fides zuerst für das expressis verbis geschlossene pactum. Taciti et expressi eadem vis, d. h. für unsere Frage: auch das pactum generale, tacitum ist gültig als Preisrestitutionserlass, weil es nicht der bona fides widerspricht.

Also dieser Grund, die Wirkung unseres pactum auf id, quod interest zu beschränken, ist hinfällig.

§ 11.

Tiktin und seine Widerlegung.

Alle die Gründe der älteren Doktrin gegen das pactum überhaupt, oder gegen seine absolute Wirksamkeit, und der ganze litterarische Streit, der sich im Anschluss an die aufgeworfenen Fragen entspann, ist so ausführlich von Glück, Kricheldorff und Kühnert behandelt worden, dass es unnötig ist, noch näher auf denselben einzugehen. In letzter Zeit haben bei weitem die meisten bedeutenden Juristen sich zu Böhmers Ansicht bekannt. Aber immer wieder tauchen auch Gegner derselben auf. So hat 1867 Tiktin in seiner Dissertation über die Natur der zweiseitigen Obligationen den alten Streit wieder aufgenommen.

Er wendet sich speziell gegen Vangerow, weil dieser die Ansichten der übrigen zusammenfasse. Ihn will er widerlegen und zwar zuerst mit dem oben erwähnten „teneri“. Vangerow sagt: Das „ex emto non tenebitur“ beweist „necessario“, dass der Verkäufer „a refundendo quoque pretio liberatus“ sei. Tiktin fährt fort: „Equidem fieri posse, ut sententia illa in verbis illis inveniatur, non negaverim, neque vero necessario concludendum sit. Exstat enim locus, in quo Iulianus, quippe qui, ut Vangerowius ipse concedit, pretium esse restituendum contenderit, venditorem „non teneri“ dicit, si emtor dolo venditoris non interveniente tempus de praestanda

[1]) Essmarch, röm. Rechtsgesch. S. 205. Voigt, ius aequum et bonum I S. 845.

evictione adiectum (30 dies) neglexit.“ Hier hätte Julian kaum den Ausschluss des Kaufpreises gemeint: denn ein limitiertes pactum könne schwerlich mehr Wirkung haben, als ein nicht limitiertes.

Wir haben oben, S. 16 gesagt, dass auch wir dem „teneri“ keinen grossen Wert für unsere Beweisführung an sich beimessen. Aber auch in der Hand des Gegners erkennen wir diesen Beweiswert nicht an, halten diese Frage vielmehr mit Tiktin für unentschieden.

Der nächste Grund, den Tiktin gegen Vangerow ins Feld führt, ist die Stellung des Wortes „contra“ im Satze: sed in suprascriptis etc.

Ihm ist das „contra“ zu weit entfernt von dem Julianischen: „pretium quidem deberi“. Ist solch ein rein äusserlicher Grund natürlich schon von selber im Beweise einer wissenschaftlichen Streitfrage mit grosser Vorsicht aufzunehmen und nur ganz subsidiär heranzuziehen, so kommt hier noch dazu, dass eine derartige Bezugnahme auf etwas entfernter Liegendes im Lateinischen durchaus nicht zu den Seltenheiten gehört. Ja, wo hätte Ulpian denn sein „contra“ anbringen sollen, wenn er die entgegengesetzte Ansicht vertrat, wie Julian? Er musste doch erst den vollen Satz seines Gegners, dem er widersprechen wollte, anführen, ehe er ihm sein „contra“ entgegenstellen konnte. Also auch dieser Tiktinsche Grund ist nicht stichhaltig.

Die von Vangerow citierten Stellen:

l. 10 11 D. 18. 4

glaubt Tiktin nur im Zusammenhang mit:

l. 7. eod. initio

und l. 13 eodem — i. f.

erklären zu dürfen und sucht daraus zu beweisen, dass die angeführten Stellen nur eine emtio spei behandeln. Auch dann würden sie ja aber ein Beweis für unsere Ansicht sein. Denn wenn l. 10 eod. sagt: venditorem, qui quidquid iuris habebit vendidit, si hereditas ad eum non pertineat, nihil praestare debere, so liegt darin doch ausgesprochen, dass in diesem Falle der stillschweigende Gewährerlass in „quidquid iuris habebit“ den Verkäufer von der Haftpflicht befreit, und er dennoch den Preis behalten kann. Also wieder ein Beweis für die Richtigkeit unserer Behauptung, dass Gewährerlass weder im Widerspruch steht mit dem Wesen des Kaufes noch mit der bona fides.

Betr. der nächsten von Tiktin angeführten Beweise können wir ihm ruhig folgen. Darum erklären auch wir

l. 14 C. 3. 36

für neutral, und geben bezgl. l. 68 pr. D. 21. 2 zu, dass hier, wie Tiktin sagt: singulari iuris beneficio utitur creditor pigneraticius, quippe cui re quamvis evicta, pretium retinere liceat, legimus in l. 11

§ 16 D. 19. 1. Quod creditoris ius, cum singulariter imperatorum constitutionibus introductum sit etc.“ Beim Pfandverkauf gilt ein besonderes Recht, das näher bestimmt ist, als das beim allgemeinen Kauf. Dort haftet der Verkäufer nur dann, wenn er entweder in dolo versiert, oder aber ausdrücklich die Eviktionshaftung übernahm. Deshalb können wir nicht ohne weiteres vom Pfandverkauf auf den Kauf selbst schliessen. Wenn das aber auch nichts für uns zu beweisen braucht, so kann es gegen uns jedenfalls erst recht keine Beweiskraft haben.

Im übrigen vertritt Tiktin die alte, gegnerische Anschauung: Ulpian wolle nur sagen, dass trotz des pactum der Preis stets restituiert werden müsse, bei dolus aber sogar auch die utilitas; und in dem „contra“ liege nur: „emtiones venditiones, in quibus de evictione non praestanda partes convenerint, spei emtiones non esse.“ Dem stimmt auch Tiktin bei: „nam si emtio venditio cum pacto de non praestanda evictione contrahitur, periculum ad emtorem solum pertinet, in spei vero emtione utriusque partis periculum est, quia fieri potest, ut spes iusto magis impleatur, aut omnino non impleatur. Quae res quoque rationem videtur praebere, quod in priore casu emtor, si evicta res fuerit, pretium repetere possit, in secundo casu nullo modo possit; nam in hoc negotio alea exstat, ideoque utriusque partis ea est sententia, ut ex detrimento alterius lucrum capiat.“

Das ist m. E. doch absolut nicht so unbestreitbar richtig: denn ein Gegenstück zu der Gefahr, die der Käufer trägt, liegt für den Verkäufer in der Notwendigkeit, den Kaufpreis der Sache, die er ohne Obligo verkauft, unter Umständen ganz bedeutend herabzusetzen.

Er gibt also die Sache erheblich unter ihrem Werte fort. Wenn nun keiner kommt und sie dem Käufer evinziert, so hat dieser doch durch die damalige Risikoübernahme einen bedeutenden Vorteil gegenüber dem Verkäufer, und niemand wird nun dem Käufer zumuten wollen, er solle dem Verkäufer den wahren Wert der Sache noch nachträglich voll zahlen. Ebenso unbillig wäre es aber auch, wenn der Verkäufer, der dem Käufer die Sache auf dessen Risiko nur verkaufte, nun, wenn die Sache evinziert ist, den Preis herauszahlen müsste. Dann hätte er während der Zeit zwischen der Tradition und der Eviktion die Sache nicht gehabt und sollte nun auch noch den Kaufpreis herausgeben? So wäre er ja der einzige, der ein Risiko hätte! Nein, wo er im Preise nachlassen muss, um die Sache zu verkaufen, weil sie mit zweifelhaftem Eigentumsrecht weniger wert ist, kann er natürlich als Äquivalent im Entwehrungsfalle auch das pretium behalten. Gegen dolus ist der Käufer geschützt; culpa lata gilt dem dolus gleich. Gegen casus freilich und

gegen den eigenen Willen schützt ihn das Gesetz nicht. Er hat die Sache als eine nicht völlig mangelfreie gekauft; denn dadurch, dass der Verkäufer die Haftung für Entwehrung ablehnt, beweist er, dass er sein Recht selber nicht für völlig gesichert hält! Tritt jetzt der Fall ein, den er von vornherein befürchten musste, dass wirklich das Recht des Verkäufers nicht einwandfrei war, mit anderen Worten, zeigt sich in Wirklichkeit der Mangel, den er bei Abschluss des Kaufvertrages kannte,[1]) mit welchem Rechte könnte er sein Geld zurückverlangen?

Also auch hier ist eine dem beiderseitigen Risiko bei der emtio aleae ähnliche Erscheinung, und nicht nur Gefahr liegt auf seiten des Käufers, und nicht nur auf seiner Seite liegt Gefahr, sondern die Gefahr, die er läuft, wird aufgewogen durch den Vorteil, den er hat sowohl durch den Gebrauch, als auch durch den höchst wahrscheinlichen Eigentumsübergang, und den Erwerb der Sache bedeutend unter ihrem wahren Werte.

Tiktin fasst seine Ausführungen S. 114 noch einmal zusammen und führt als Beweis für die Richtigkeit derselben an, seine Interpretation stimme überein „cum orationis ordine qui in l. 11 § 18 D. 19. 1 invenitur", was wir als nicht stichhaltigen Grund bereits oben zurückgewiesen haben.

Das ius creditoris pigneraticii sei singulare. Wenn nun Ulpian in l. 11 § 16 eod. sage: dies Recht bewirke, dass der Pfandverkäufer evictione facta nicht einmal den Kaufpreis zurückzugeben brauche, und dies Recht sei imperatoriis constitutionibus introductum, so müsse man argumento e contrario schliessen, ut, si alius venditor, qui non lege pignoris, sub pacto de non praestanda evictione rem distrahit,

[1]) Es liegt hier eine dem strafrechtlichen dolus eventualis analoge Erscheinung vor. Aus der Ablehnung der Garantie seitens des Verkäufers ersieht der Käufer, dass das Recht an der Sache zweifelhaft, dass sie eventuell fremdes Eigentum ist. Kauft er sie trotzdem, so ist er nicht völlig in bona fide, wenn auch noch nicht in mala fide. Jedenfalls aber hat er m. E. sich durch den bewussten Kauf einer nicht ganz einwandfreien Sache des Rechtes begeben aus Gründen der bona fides besonders geschützt zu werden. Im Strafrecht handelt der Thäter auf die Gefahr hin, eventuell auch einen anderen, schwereren Erfolg, als den ursprünglich beabsichtigten eintreten zu sehen, — darin liegt, wenn man so sagen darf, seine Risikoübernahme, sein dolus eventualis, und hier kauft der Käufer auf die Gefahr hin, dass die res dem Verkäufer nicht gehört, er also eine res aliena kauft, in welchem Falle er sonst keinen Anspruch auf Preisrestitution hat. Also wie dolus zu dolus eventualis, so verhält sich der Fall, in welchem der Käufer bewusst eine fremde Sache kauft, zu dem, in welchem aus der Garantieverweigerung des Verkäufers die Möglichkeit, dass die res aliena ist, hervorgeht.

pretium certe restituendum sit!“ Welch ein Fehlschluss! Beim Pfandverkauf ist kein pactum nötig, um den Verkäufer im Besitze des Kaufpreises zu schützen. Er hat keine Eviktionsverbindlichkeit, ipso iure — allerdings ist das ein ius singulare — behält er trotz eingetretener Entwehrung den Kaufpreis. Wollen wir also einen Schluss argumento e contrario ziehen, so müsste dieser lauten: Wenn beim Pfandkauf der Verkäufer infolge besonderer gesetzlicher Bestimmungen nicht haftet, so haftet bei jedem anderen Kaufe der Verkäufer, weil eben da die besonderen Bestimmungen fehlen. Und das ist ja auch in der That der Fall. Er steht im allgemeinen für Eviktion ein, wenn er nicht ein besonderes pactum schliesst, das für den Einzelfall die constitutiones imperatoriae, wie sie beim Pfandverkauf bestehen, ersetzt.

Aus der Thatsache, dass beim Pfandverkauf gesetzlich dem Pfandverkäufer die Haftung für Eviktion erlassen ist, können wir höchstens schliessen, dass auch beim gewöhnlichen Kaufe solch Gewährerlass weder gegen das Wesen des Kaufes noch gegen die bona fides ist. Denn auch Pfandkauf ist doch eine species im genus Kauf.

Also auch Tiktin hat uns nicht überzeugen können. Wir wenden uns daher zu dem letzten Gegner, Scharff, der 1888 in seiner Dissertation über das pactum de non praestanda evictione unsere Meinung bekämpft hat.

§ 12.

Scharff und seine Widerlegung.

Scharff sucht durch historische Entwicklung nachzuweisen, dass die Gewährleistungsverbindlichkeit „unmittelbare Folge“ und „immanente Eigenschaft“ des Kaufes sei. Nach seiner Meinung ging die actio auctoritatis unmittelbar aus der mancipatio hervor: „Die actio auctoritatis, als das gewährvermittelnde Organ, ist lediglich Ausfluss der Manzipation.“

Das schliesst er aus der Manzipationsformel: hunc ego hominem meum esse aio ex iure Quiritium, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra; „denn mit dem rechtsbegründenden Satze: die Sache ist mein, und zwar mein durch Kauf, ist schlechterdings ein derartiger Zustand als Rechtsfolge unvereinbar, welcher die Möglichkeit in sich schliesst, dass der Erwerber überhaupt gar kein Recht erwirbt.“

Wir haben oben nachzuweisen versucht, dass die actio auctoritatis auf einer besonderen, neben der mancipatio vorgenommenen nuncupatio beruhte. Gegen die Scharffsche Hypothese setzen wir die mindestens gleich gut begründete eigene.

Dass der Käufer sagt: „rem meam esse aio“ schützt ihn doch in erster Linie nur gegen den Manzipanten. Und daraus, dass er sagt: die Sache ist mein geht doch keine Wirkung für die Zukunft hervor. Wenn also Scharff auf Grund des Wortlautes der Manzipationsformel behauptet, dass unmöglich die Verbindlichkeit des Manzipanten mit der blossen Übergabe der Sache an sich abgethan sein kann“, so beweist die Thatsache, dass selbst bei vorgeschrittenerem Rechte die Verpflichtung des Verkäufers nur auf traditio ging, nicht darauf, ut res fiat emtoris, dass diese Unmöglichkeit doch wohl möglich sein kann.

Und wenn auch Scharff die Iheringsche Hypothese, dass „kein Akt des älteren römischen Rechtes zugleich dingliche und obligatorische Wirkung gehabt habe,“ zurückweist, so hat er doch nicht das Gegenteil zu beweisen vermocht. Deshalb kann er, der uns das Recht abstreitet auf dieser „glänzend bewiesenen“ Hypothese weiterzubauen, mit ebensowenig oder viel Recht seine eigene, unbewiesene Hypothese zur Grundlage für weitere Hypothesen machen.

Wenn er also S. 14 sagt: „Also bedingt die von der einen Seite bei der mancipatio — ausgesprochene Berechtigung, als notwendige Wechselbeziehung auf der anderen Seite die entsprechende Verbindlichkeit“, so ist das eine nicht ganz unanfechtbare Behauptung.

Das ist wahr, dass der Manzipant, der dem Erwerber nicht widersprach, also tacite seinen Konsens erteilte, damit sein dominium verlor, aber damit entstand für ihn sicher keine obligatio, die über die traditio der Kaufsache hinausging. Vielleicht darf er selber nun die Sache nicht mehr vindizieren, in Wirklichkeit kann er das ja aber auch nicht. Er hat seine Vindikationsbefugnis aufgegeben, weil er schwieg, als der Erwerber vor den Zeugen feierlich die Sache, als ihm nach jus Quiritarium gehörig in Anspruch nahm.

Er hat durch sein Schweigen zugegeben, dass jener Eigentümer der Sache sei, deshalb kann er selbst das Eigentum an der Sache nicht mehr haben, und damit fallen alle aus dem dominium rekrutierenden Rechte für ihn fort, folglich auch die rei vindicatio, die ja den Eigentumsnachweis voraussetzt. Den kann er nicht bringen, deshalb ist es ihm de facto unmöglich zu vindizieren. Aber irgend eine sonstige Verbindlichkeit übernimmt er damit nicht. Die materielle Befriedigung braucht eben in nichts anderem zu bestehen, als in der traditio. Deshalb ist es eine petitio principii von seiten Scharffs, wenn er die Verpflichtung des Manzipanten, der nicht als Eigentümer Eigentum übertrug, fortdauern lässt bis zur materiellen Befriedigung. Gerade sie ist ja bestritten.

Auf diesen Hypothesen fortschreitend gelangt er nun zu dem

Schlusse, dass „die actio auctoritatis, in der diese fortbestehende Manzipationsverbindlichkeit juristische Gestalt erhalten hat, keine andere Voraussetzung ihrer rechtlichen Begründung habe, als die, dass der Käufer den Erfolg des Rechtsgeschäftes durch seine eigene Leistung (Zahlung des Kaufpreises) bewirkte." „Danach ist die Notwendigkeit der Annahme, dass die Gewährpflicht der Manzipation immanent sei, unabweisbar!" [1])

Eine mehr auf Hypothesen begründete Beweisführung ist doch kaum denkbar! Und diesen wenig begründeten Hypothesen Scharffs stehen die weit einleuchtenderen und durch die ganze Entwicklung bewiesenen Hypothesen eines Ihering, eines Eck gegenüber. Scharff beruft sich auf Bechmann,[2]) der die Ecksche Beweisführung damit abthun zu können glaubt, dass er ihm entgegenhält: „Wenn man die nuncupatio als nicht selbständiges Geschäft auffasst, sondern als einen Bestandteil der mancipatio, dann sind ja mancipatio und nuncupatio ein einziges und einheitliches Geschäft und es tritt die verpönte Wirkung ein, dass das nämliche Geschäft zugleich dinglich und obligatorisch wirkt." Dem kann man aber leicht aus dem Wege gehen, wenn man sich den wahrscheinlichen Entwicklungsgang einmal vorstellt. Sicher ist ursprünglich die mancipatio lediglich eine formelle Übergabe der Sache an einen andern, ohne jede dazutretende Verbindlichkeit. Erst mit der Weiterentwicklung des Rechts tritt das Bedürfnis nach Schutz des Erwerbers ein, und an die mancipatio wird die nuncupatio geknüpft.

Dass eigentlich zwei Geschäfte vorliegen geht daraus hervor, dass die auctoritas sicher bedeutet: die Bestärkung einer Willenserklärung durch eine zweite, und Eck [3]) hat mindestens eine sehr grosse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit seiner Meinung, wenn er eine besondere Gewährzusage der actio auctoritatis zu Grunde legt. Dann haben wir aber zwei Erklärungen, also nicht ein einzigiges Geschäft, sondern zwei verschiedene Rechtsgeschäfte in einem Rahmen, ein dingliches und ein obligatorisches, und Bechmanns Schluss ist unbewiesen. Damit fällt aber seine ganze Beweisführung gegen Eck, und wir können ruhig dessen Meinung beibehalten.

[1]) Ist denn aber immanent gleich essentiell? Niemals! Sonst wäre ja beim Pfandverkauf die Garantieablehnung essentiell, während sie nur immanent ist, d. h. wenn nichts anderes besonders verabredet ist, wird keine Garantie übernommen. Natürlich kann der Pfandverkäufer sie jederzeit übernehmen, wie ja stets gerade nach Überwindung des ius strictum der Wille der Parteien absolut entscheidend wurde.

[2]) Bechmann S. 97.

[3]) Eck a. a. O.

Mag also auch unsere Auffassung nicht unbestreitbar sein, die gegnerische ist es noch weniger. Deshalb brauchen wir Scharffs Schlusse nicht zu folgen, dass die Garantieklausel, weil in der Manzipationsformel enthalten, der Parteidisposition entzogen gewesen sei.

Auf einem Umwege soll nun der Gewährerlass in Form der mancipatio nummo uno verwirklicht worden sein, indem der Preis ersetzt wurde durch einen Scheinwert. Dann ging natürlich die actio auctoritatis auf das duplum von Null!

Ein Kaufgeschäft in der Form dieser imaginaria venditio, hat — nach Scharff — dieselbe Wirkung, wie später ein Kauf mit Gewährerlass: Garantie auf das Doppelte wird nicht geleistet! „Daraus folgt mit nichten, dass nun auch der Kaufpreis behalten werden kann“ — ja aber ebenso wenig, dass er zurückgegeben werden muss.

Scharff schliesst zwar: „Der Rückforderung dieses Betrages steht nichts im Wege; denn durch die Eviktion sind die materiellen Voraussetzungen der condictio völlig gegeben“, — aber sein Beweis versagt gänzlich. Er zieht nämlich heran:

l. 14 D. 12. 4, die von der Zahlung an einen falsus procurator handelt, und

l. 52 D. 12. 4, „die überhaupt nicht existiert!“ [1])

Die condictio causa data, causa non secuta setzt beim Kauf voraus: Erfüllung auf der einen Seite, Nichterfüllung auf der anderen! [2]) Aber gerade darin sind wir ja anderer Ansicht als Scharff, als wir annehmen, dass der Vertrag erfüllt ist mit dem gegenseitigen dare, während er behauptet, die Pflicht des Verkäufers aus dem Kaufvertrage könne unmöglich mit der traditio beendet sein. Deshalb gibt er dem Erwerber nach Eviktion der Sache die condictio causa data c. n. s. zur Rückforderung dessen, „was er geleistet hat in der Voraussetzung, dass er die erstandene Sache wirklich zu seiner rechtlichen Verfügung behalten darf,“ während wir diese Klage versagen.

Wurde zur Zeit der Herrschaft des ius strictum eine res mancipi formlos verkauft, so gab es natürlich keine Gewährleistung. „Zu diesen juristisch nicht qualifizierten Austauschen von Ware und Geld“ trat dann die stipulatio duplae, um eine Gewährschaft zu begründen. „Durch Unterlassung der Garantiestipulation wird also fortan thatsächlich ganz der gleiche Erfolg erreicht, wie später durch den Gewährerlass. Es muss daher von den durch Eviktion hervorgerufenen

[1]) Gemeint ist wohl l. 5 § 2 D. 12. 4, die übrigens auch für unsere Frage ohne grossen Wert ist. Vgl. Eck, Deutsche Litteraturzeitung 1889 S. 678.

[2]) Vgl. aber Windscheid II § 321 Nr. 9. 10.

Parteiverhältnissen in diesen Fällen ein Schluss gezogen werden können auf den spätern durch Erlassvertrag unter den Kontrahenten herbeigeführten Rechtszustand.“ Dem widerspricht Eck: [1]) „Dabei hat Scharff aber übersehen, dass inzwischen eben der Kauf als Konsensualkontrakt anerkannt worden war, und dass man von bloss thatsächlich realisierbaren Geschäften nicht schliessen darf auf rechtsverbindliche.“

Als der Kauf Konsensualkontrakt geworden war, entwickelte sich auch die Gewährstipulation weiter, und es kann mit der actio emti Nachleistung der beim Kaufabschluss versäumten stipulatio duplae verlangt werden.

Später will Scharff die immanente Kontraktsqualität der Haftungsverbindlichkeit daraus beweisen, dass sie mit der actio emti eingeklagt wurde. „Dann müsste ja alles, was mit der Kontraktsklage grundsätzlich verlangt werden kann, unerlässlich und also abändernder Parteiabrede entzogen sein!“ [2]) Also würde auch der Abschluss der stipulatio duplae Essentiale des Kaufkontraktes sein, ein Kauf ohne ihn daher ungültig! Das wird aber wohl niemand behaupten wollen.

Aber auch in diesem Fall soll der Wegfall der stipulatio nicht den Erfolg haben, dass der Verkäufer re evicta den Kaufpreis behalten könne. Vielmehr könne der Käufer Rückgabe des pretium verlangen mit der condictio causa data c. n. s., was wir zurückweisen mussten, weil wir nicht anerkennen, dass hier die Bedingungen der condict. ob causam datorum vorliegen.

Scharff wendet sich nun gegen die Ansicht, dass die Gewährpflicht nur eine accessorische Sonderobligation sei. Zu dem Zwecke führt er einige Fälle an, in denen der Käufer eine über die Eviktion der Sache hinausgehende Garantie hat, und wo ein gerichtliches Obsiegen des Dritten nicht nötig ist. Hier haftet der Verkäufer für einen Mangel des vollen Rechtes an der Sache. Es handelt sich also nicht um Entwehrung, d. i. Besitzentziehung, sondern um Entwährung, d. i. Nichtleistung, da ja das habere licere nicht gestört ist. Nur das volle Eigentum fehlt. Also nur durch volle Eigentumsübertragung, wird die Verpflichtung des Verkäufers erfüllt. Weil nun die actio emti zur Geltendmachung sowohl des Gewähranspruchs, als auch der eigentlichen Kontraktspflicht dient, darum soll die Garantieverbindlichkeit immanente Qualität des Kaufvertrages sein!

Wir haben bereits oben mit Ecks Worten diesen Schluss zurückgewiesen. Auch Rümelin [3]) sieht hierin den Hauptfehler der Scharffschen Dissertation.

[1]) Eck, Deutsche Litteraturzeitung, Jahrg. 1889. S. 678.
[2]) Eck, Deutsche Litteraturzeitung, 1889 S. 679.
[3]) Rümelin, Krit. Vierteljahrschrift. Bd. 31 S. 452.

Den Unterschied in der Wirkung der actio ex stipulatu und der actio emti sieht Scharff darin, dass „dort accessorische Natur der an die Stipulationspraxis anschliessenden Eviktionsprästation, mit Erfordernis der gerichtlich abgestrittenen Sache, hier Immanenzprinzip vorliegt.“ Bei der actio emti bedeutet ihm die Gewährleistung nur eine Folge der Nichterfüllung, was wir oben zu widerlegen versucht haben.

Bei der exegetischen Behandlung unserer Frage gibt auch Scharff inkonsequenterweise zu „dass es bei der ausgesprochenen Absicht sein Kaufgeld unwiderbringlich hingegeben zu haben, sein Bewenden haben muss.“ Er fühlt wohl selbst die logische Inkonsequenz dieses Satzes, den er notgedrungen zugeben muss. Wenigstens sucht er um sie herumzukommen, indem er ein solches pactum nicht als ein pactum de non praestanda evictione auffassen zu dürfen meint, ohne eine „petitio principii zu begehen!“ Also der ausgesprochene Erlass der Haftung des Verkäufers auf den Kaufpreis für den Fall der Entwehrung soll nicht unter den Begriff des Gewährerlasses fallen!

Diese Auffassung Scharffs ist nur zu erklären durch seinen, uns überall entgegentretenden Wunsch, einen Kauf mit Gewährerlass, der auch das pretium umfasse, als Schenkung hinzustellen: „Es müsste denn sein, dass eine durch den Entwehrungsfall bedingte Schenkung nach Eintritt der Bedingung juristisch noch identisch wäre mit dem umgekehrt bedingten Kaufgeschäft vor Eintritt der Bedingung. Zu solcher Absurdidät kann nur eine Verwechslung der Begriffe führen, wie sie die Böhmer folgende Doktrin begeht, indem sie stets verkennt, dass nicht die Rechtsbeständigkeit jener Abrede an sich, sondern nur ihre relative Möglichkeit im Inhalte eines bestimmten Rechtsgeschäftes in Frage stehen!“

Das klingt alles so gross und schön, aber Scharff ist im Irrtum. In der

l. 11 § 18 D. 19 1,

die ja doch den Grund zu der ganzen Streitfrage gegeben hat, bestreitet Julian gerade „die Rechtsbeständigkeit jener Abrede an sich.“ Es liegt ihm völlig fern, zu untersuchen, ob sie im Rechtsgeschäfte als solchem möglich sei! Nein, gegen die bona fides soll sie verstossen. Das heisst doch, Julian behauptet ihre Ungültigkeit an sich, er duldet auch das pactum speciale nicht, erkennt nur ein pactum an, das den Käufer den Preis wenigstens zurückfordern lässt.

Aus unserer Erklärung des Satzes mit „nisi forte“ liest Scharff eine „tendenziöse Richtung der gegnerischen Auslegungsweise,“ ohne

[1]) Scharff S. 36.

dies Resultat irgendwie zu begründen, oder eine bewiesene Gegenauslegung aufzustellen.

Im übrigen steht er ganz auf der Seite der von Alef vertretenen Anschauung, meint Ulpian teile Julians Ansicht. Zur Erklärung will er l. 11 § 15 eod. heranziehen, wo sich das non teneri nur auf die Interesseleistung beziehen soll. Dabei übersieht er völlig das ne „quid" praestaretur in § 15 und das „nihil" evictionis nomine praestitum iri in § 18, die doch eigentlich genug sagen. Nichts ist eben Null, und der Kaufpreis ist stets grösser als Null.

Übrigens haben wir unsere Meinung betr. der Beweiskraft des „non teneri" bereits oben dargelegt.

Scharffs andere Beweisgründe haben wir oben zu widerlegen versucht. Er stützt seine Ansicht eben auf seine historische Entwicklung, die, wie gesagt, auf unbewiesenen Hypothesen aufgebaut ist.

Im weiteren Verfolg bestreitet er die Annahme, dass durch den Gewährerlass ein aleatorisches Element in den Kauf hineinkomme. Von dieser Bezugnahme auf die emtio spei sagt er: solche unbewiesene Annahme der Wesensgleichheit beider Kaufarten bedeute „Erschleichung des Beweisgrundes".[1]) Das heisst denn doch über die sachliche Kritik weit hinausgehen. Und wenn man nur den Grund einsehen könnte! Hängt doch beim Kaufe mit Gewährerlass es von einer ganz unbestimmten und unbestimmbaren Bedingung ab, ob der Käufer oder der Verkäufer einen Verlust oder einen Gewinn hat. Hätte der Verkäufer die später nicht evinzierte Sache nicht verkauft, so hätte er einen Gewinn gehabt. So aber hat der Käufer die Sache auf sein Risiko übernommen, und weil zufällig kein Dritter mit besserem Rechte kam, so ist er der Gewinnende. Umgekehrt gewinnt der Verkäufer, wenn die Sache evinziert wurde. Stellt man sich nun gar die Sachlage so vor, dass der Verkäufer die Sache für den halben Wert hingeben musste, weil er auf dem Gewährerlass bestand, und die Sache ohne obligo natürlich dem Käufer weniger wert war, so ist das Risiko auf beiden Seiten gleich gross, nämlich gleich dem halben Sachwert. Wird die res nicht evinziert, so verliert der Verkäufer den halben Wert, wird sie aber evinziert, so ist des Käufers Verlust eben so gross. Es liegt also im Willen der Parteien ihren Gewinn oder Verlust vom Zufall abhängig zu machen. Das ist doch wohl sicher ein aleatorisches Element, und wir haben ein Recht den Kauf mit Gewährerlass dem Kaufe einer alea zu vergleichen.

Auch gegen Vangerow wendet sich Scharff. Dieser sagt: „Ist nichts über Gewährleistung vereinbart, heisst es in l. 14 C. 3. 36,

[1]) Scharff S. 42.

so muss das volle Interesse vergütet werden. Folglich braucht nichts ersetzt zu werden, wenn die Gewährleistung erlassen ist."

„Durch solche Beweisführung e contrario vermöchte man schliesslich alles nachzuweisen. Diese Auslegung ist also unhaltbar. Deshalb muss das Gegenteil richtig sein, also der Gewährerlass eine absolute, alle Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien lösende Wirkung nicht haben!"[1]) Also in einem Atemzuge weist Scharff die argumentatio e contrario zurück und wendet sie selber an.

Dabei hat Vangerow natürlich recht; denn wenn die Haftung für Eviktion positiv umfasst:

a. den Wert der Sache z. Zt. der Entwehrung;
b. jeden anderen positiven Schaden, den der Erwerber durch die Entwehrung erleidet;
c. alle Verwendungen des Erwerbers auf die Sache, die der Evinzent etwa nicht zu vergüten hat;
d. sumtus litis;

so ist es doch ganz offenbar, dass ich mich gegen alle diese Ansprüche schützen will, indem ich ein pactum eingehe, welches meine Eviktionshaftung aufheben soll. Deshalb ist die argumentatio e contrario völlig berechtigt.

§ 13.

Scharffs Interpretation der l. 11 § 18 D. 19. 1.

Hinsichtlich seiner Auslegung unserer Stelle unterscheidet sich Scharff nur wenig von den übrigen Erklärern auf gegnerischer Seite. Freilich ist er in mancher Beziehung nicht objektiv genug, weil er zu sehr unter der Idee steht, auf alle Fälle die herrschende Meinung als falsch hinzustellen. Das beweist er z. B., indem er aus Ulpians: „quid debeat praestare" herausliest, dieser habe als Antwort mindestens ein „aliquid" erwartet. Als ob nicht genau so gut ein „nihil" auf die Frage antworten könnte. Aber nein; „in dem quid debeat liegt gewiss der klare Ausdruck des Satzes, dass in jedem Falle auch beim Gewährerlass eine Leistungspflicht, wenn auch verschiedenen Umfangs, vorhanden ist!"[2]) „Diese Folgerung ist unabweisbar, wenn man die Worte Ulpians in ihrer prägnanten Bedeutung erfassen und überhaupt das Ungewöhnliche seines Gedankenganges verstehen will!" Wir wollen ja gar nichts Ungewöhnliches in ihnen finden, für uns sind sie völlig klar, und gerade das beweist wohl am besten, dass wir

[1]) Scharff S. 43.
[2]) Scharff S. 46.

die richtigere Auffassung haben. Erinnert das nicht an Richter, der auch seine Definition der naturalia interna gekünstelt nennt, indem er sagt: ad hanc distinctionem opus esse instructo ingenio, utpote quae defatigaverit praeclarissima ingenia!“ [1]) So steht sich in dieser Streitfrage immer gegenüber unsere einfache, klare Lösung, und die gezwungene, künstliche auf gegnerischer Seite.

Im übrigen bringt Scharff keine neuen Gründe. Seine Auffassung, das „sed“ bedeute eine Steigerung, die bona fides sei dem Preisrestitutionserlass entgegen, neque enim — retineat seien Worte Ulpians, ist bereits oben behandelt und zurückgewiesen worden. Also irgend einen Grund, der uns von der Richtigkeit seiner Ausführungen überzeugen könnte, bringt er nicht.

Um sein Resultat zu begründen führt er nun Digestenstellen an, z. B. dass bei offenem Rechtskonflikt der Käufer den Preis zurückhalten könne. Das ist doch aber ein ganz besonderer Fall, und dass hier im allgemeinen der Käufer gesichert wird, ist sehr begreiflich. Übrigens spricht weder

l. 19 § 1 D. 18. 6

noch c. 5; 24; C. 8. 44

davon, was geschieht, wenn der Rechtskonflikt ausbricht vor der Zahlung des Preises und ein pactum de non praestanda evictione vorliegt. Auch

l. 23 D. 12. 1 und

c. 1. C. 4. 51,

beweisen nichts, da sie nur den Kaufpreis aus der „unberechtigten Veräusserung fremder Sachen“ betreffen, die in unserem Falle nicht in Frage kommt.

l. 31 § 4 D. 24. 1

könnten wir mit besserem Rechte umgekehrt deuten, wie Scharff.

Pomponius spricht von der Schenkung zwischen Ehegatten, die unter einem Kauf mit Gewährerlass versteckt ist. Die Gültigkeit des Kaufs bezweifelt Pompon nicht, sondern nur die Rechtsbeständigkeit des Gewährerlasses. „Diese Frage sei überflüssig, meint Scharff, wenn der Käufer Nichts, der Verkäufer dagegen das pretium behalten solle. Dann liege natürlich Schenkung vor. Nur in dem Falle sei die Frage berechtigt, wenn der Gewährerlass nur quantitativ mindernde, durch einen Mindesterfolg begrenzte Wirkung äussert.“ „Da, und nur da kann Zweifel über die Rechtsgültigkeit oder Nichtigkeit des Gewährerlasses obwalten, je nachdem derselbe als blosse Modalität

[1]) Richter S. 17.

des onerosen Vertrages, oder als neues lukratives Element — novo consilio inito — im Kaufgeschäfte angesehen wird!“

Wir schliessen aus Pompons Zweifel etwas anderes. Wenn nämlich der Vertrag deswegen ungültig sein kann, weil er eine Schenkung involviert, und Pompon nimmt ja die Möglichkeit der Schenkung durch Gewährerlass, also Aufgabe der Preisrestitution, an, so ist er gültig, wenn der Schenkungswille fehlt.

Von Scharffs weiteren Ausführungen hat für uns noch ein Satz Interesse, mit dem er, ohne es zu wollen, unsere Ansicht billigt und ausspricht.

Er sagt nämlich auf S. 56: „Da nun für die Beurteilung des ganzen Rechtsverhältnisses der Parteiwille stets vor allem massgebend ist, so kommt es für die mindeste Ersatzerfüllung nicht auf den objektiv wahren Wert der Kaufsache an, sondern stets nur auf den von den Parteien gesetzten, durch Gegenleistung subjektiv anerkannten Wert!“ Sehr wahr! Nur dass in unserem Falle in der nötigen Preisreduktion seitens des Verkäufers, zum Zwecke der Ermöglichung des Verkaufes ohne Obligo bereits ein Äquivalent für den Käufer liegt. Die Sache mit dem Risiko ist ihm natürlich weniger wert, als dieselbe ohne Risiko! Deshalb kann er, wenn die Sache evinziert ist, die er eben wegen der Eviktionsgefahr bedeutend unter dem objektiven Werte gekauft hat, eine noch weitergehende Entschädigung, als sie in dem ermässigten Preise liegt, billigerweise nicht verlangen.

§ 14.

Schluss.

Die gegnerischen Gründe haben sich also alle nicht als stichhaltig erwiesen, und keinem von ihnen ist es gelungen, uns an der richtigen Ansicht irre zu machen, dass das pactum de non praestanda evictione stets auch die Preisrückforderung ausschliesse. Dass unsere Auffassung innerlich berechtigt und begründet ist, beweist in neuster Zeit das BGB., das auch keinen Verstoss gegen die bona fides oder gegen das Wesen des Kaufes in einem Gewährerlassvertrage sieht. Freilich löst es die Frage, ob das pactum de non praestanda evictione im Zweifel auch auf den Kaufpreis sich erstrecke, nicht.

In den Motiven II § 380 heisst es: „Die sämtlichen Vorschriften über die Gewährleistung des veräusserten Rechtes können durch Vertrag erweitert, beschränkt oder erlassen werden. Die gemeinrechtliche Streitfrage über die Tragweite eines pactum de non praestanda evictione ist für den Entwurf gegenstandslos, insofern es im Einzel-

falle auf die Auslegung des Vertrages ankommt!“ „Gerade das ist aber oft streitig!“ [1])

In zweiter Lesung ging man über die Streitfrage hinweg, bestimmte nur, dass „eine Vereinbarung, durch welche nach §§ 375/79, 381/83 die wegen Mangels im Rechte dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung erlassen oder beschränkt worden ist, nichtig ist, wenn der Verkäufer arglistig den Mangel verschwiegen hat; und § 443 BGB. lautet: „Eine Vereinbarung, durch welche die nach den §§ 433 bis 437, 439 bis 442 wegen eines Mangels im Rechte dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt.“

Das war ja auch Ulpians Ansicht, dass im Falle des dolus das pactum den Verkäufer in keiner Weise schützen könne.

Das BGB. erkennt also die absolute Gültigkeit des vielumstrittenen pactum de non praestanda evictione an, und für den Einzelfall wird im allgemeinen so zu entscheiden sein, dass der Verkäufer, der in einem besonderen Vertrage seine „Haftung“ ausschloss, frei ist von aller Haftung, die sonst das Gesetz ihm auferlegt, frei also in erster Linie von der Haftung auf Restitution des Kaufpreises. Denn durch den Vertrag will er sich von der Haftung auf alle naturalia negotii frei machen, und zu diesen gehört vor allen Dingen die Haftung für Preisrestitution im Eviktionsfalle.

---

[1]) Heinemann a. a. O. § 20.

Lippert & Co. (G. Pätz'sche Buchdr.), Naumburg a. S.